

Tomasz Famulski¹

Uzasadnianie wybranych regulacji prawnych na gruncie behawioralnej ekonomicznej analizy prawa

Streszczenie:

Artykuł dotyczy uzasadniania wybranych regulacji prawnych w ujęciu behawioralnej ekonomicznej analizy prawa. W pierwszej kolejności przedstawione zostały pojęcie i istota konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa, ze szczególnym uwzględnieniem teorii racjonalnego wyboru. Następnie podjęto problem behawioralnego rozwinięcia klasycznej *Law & Economics*, rozumianego nie jako jej negacja, lecz jako wzbogacenie i uzupełnienie. Przedmiotem szczegółowych analiz uczyniono regulacje prawne w zakresie zakazów transakcji o zawyżonych cenach, zakazów zupełnych oraz zakazów sądowych. Podjęto również zagadnienie przepisów prawnych dotyczących gwarantowania depozytów bankowych. Zaprezentowane przykłady pochodzą zarówno z prawa amerykańskiego, jak i prawa polskiego. W wyniku przeprowadzonych rozważań i analiz zidentyfikowano prawidłowość, że niektóre regulacje prawne znajdują bardziej trafne wyjaśnienie na gruncie behawioralnej ekonomicznej analizy prawa w miejscach, w których zawodzi analiza konwencjonalna.

Słowa kluczowe: ekonomiczna analiza prawa, behawioralna ekonomiczna analiza prawa, teoria racjonalnego wyboru, psychologia kognitywna, heurystyki

1. Wstęp

Ekonomiczna analiza prawa, pomimo znalezienia poczesnego miejsca w światowej nauce prawa, a nawet bardzo znaczącej pozycji w prawoznawstwie amerykańskim,

¹ Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

na gruncie polskiej literatury naukowej wciąż pozostaje zagadnieniem niedostatecznie rozpoznany. Tym bardziej mało znanym problemem jest tak zwana behawioralna *Law & Economics*, która polega na wykorzystaniu dorobku psychologii kognitywnej (poznawczej) w ekonomicznej analizie prawa. Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie behawioralnego rozwinięcia założeń konwencjonalnej *L&E*, przy zwróceniu uwagi na fakt, iż nurt behawioralny nie dąży do prostej negacji założeń klasycznych, a raczej ich twórczego wzbogacenia. W artykule nie poprzestano na prezentacji wspomnianych nurtów myśli, ale zaproponowano również analizę uzasadnień wybranych regulacji, w tym również z zakresu prawa krajowego, w oparciu metody badawcze charakterystyczne dla rozpatrywanych ujęć analizy ekonomicznej. Przedstawione przykłady dotyczą regulacji z różnych gałęzi prawa, co jest zgodne z założeniami *L&E*, która stawia sobie za cel analizę również tych dziedzin prawoznawstwa, które nie są bezpośrednio związane z ekonomią.

2. Pojęcie i istota ekonomicznej analizy prawa

Ekonomiczna analiza prawa może być zdefiniowana ogólnie jako zastosowanie metod nauk ekonomicznych do badania norm i instytucji prawnych – ich powstawania, struktury, związanych z nimi procesów oraz ich wpływu na rzeczywistość². Związki prawa i gospodarki są oczywiste – rozwój prawa prywatnego, gospodarczego i handlowego odpowiada rozwojowi stosunków gospodarczych. Z kolei sytuacja ekonomiczna państwa warunkowana jest w dużej mierze przez kształt prawa finansowego czy prawa pracy³. Nawet sam ustroj ekonomiczny państwa może być usankcjonowany prawnie. Z funkcjonowaniem systemu prawa związane jest istnienie różnorodnych instytucji publicznych. Ich działalność również nie jest obojętna z perspektywy ekonomicznej, w dużej mierze z powodu związanych z nią kosztów. *Novum* wyróżniającym ekonomiczną analizę prawa jest jednak fakt, że metody nauk ekonomicznych stosowane są w tym nurcie badań konsekwentnie do wszystkich gałęzi prawa. W ujęciu ekonomicznym analizowane są więc dziedziny *prima facie* niezwiązane bezpośrednio z gospodarką, jak na przykład prawo karne. Przedstawiciele *Law & Economics* za przedmiot swych badań obierają prawo jako czynnik mający wpływ na rzeczywistość ekonomiczną. Istniejące regulacje prawne z tego punktu widzenia nie są postrzegane jako coś ustalonego poza systemem ekonomicznym, ale jako wybory rodzące konsekwencje dla gospodarki⁴.

Ekonomiczna analiza prawa ma charakter zarówno deskryptywny, jak i normatywny. Przedstawiciele tego nurtu nie tylko badają i opisują obowiązujące prawo w kategoriach ekonomicznych, ale również przedstawiają propozycje dotyczące

² L. Kornhauser, *The Economic Analysis of Law* [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. E.N. Zalta, 2015.

³ Szerzej por.: S. Deakin, *The Contribution of Labour Law to Economic Development and Growth*, Working Paper No. 478, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2016; L. Muller, P.D. Berger, *The Impact of a Country's Employment Protection Legislation on Its Economic Prosperity*, *International Journal of Humanities and Social Studies* 2013, Vol. 3, No. 12, p. 1-13.

⁴ E. Mackaay, *History of Law and Economics* [w:] *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, red. B. Bouckaert, G. De Geest, Cheltenham 2000, p. 65.

efektywnych ekonomicznie rozwiązań *de lege ferenda*. To dwojakié podejście znajduje odbicie w postawionej przez Richarda A. Posnera tezie o efektywności (*efficiency thesis*), która głosi, że prawo, w szczególności amerykańskie *common law*, jest oraz powinno być efektywne ekonomicznie⁵.

U podstaw ekonomicznej analizy prawa leży kilka centralnych koncepcji, których zastosowanie do poszczególnych dziedzin prawa stanowi esencję *Law & Economics*. Są to przede wszystkim: teoria racjonalnego wyboru i związana z nią teza o maksymalizacji użyteczności, twierdzenie Coase'a i związane z nim zagadnienie kosztów transakcyjnych⁶, efektywność prawa oraz teoria targu⁷. Z perspektywy niniejszego artykułu istotna jest przede wszystkim jednak teoria racjonalnego wyboru, z tej też przyczyny zostanie ona przybliżona.

Zdaniem niektórych autorów ekonomiczną analizę prawa można zdefiniować jako zastosowanie teorii racjonalnego wyboru do prawa⁸. Dla uzasadnienia tej tezy przeprowadzają następujące rozumowanie: ekonomię jako naukę definiuje nie przedmiot jej badań, ale stosowana przez nią metoda, którą jest stosowanie założeń teorii racjonalnego wyboru⁹. Gdy metodę tę zastosuje się do badania prawa, można stwierdzić, że prawo jest *analizowane ekonomicznie*. Teoria racjonalnego wyboru jest więc podstawą metodologiczną ekonomicznej analizy prawa. Chodzi tu o ekonomiczną analizę prawa, którą można określić jako klasyczną lub konwencjonalną¹⁰ – taką, jakiej dał wyraz Richard A. Posner w *Economic Analysis of Law*¹¹.

Teorię racjonalnego wyboru można podsumować angielskim zwrotem *people maximize, markets clear*¹². W przybliżeniu, sens powyższego podsumowania oddaje sformułowanie: „ludzie maksymalizują (swoją funkcję użyteczności), rynki dążą do stanu równowagi (pomiędzy popytem i podażą)”.

Teoria racjonalnego wyboru głosi, że ludzie podejmują decyzje w sposób racjonalny, a więc spełniając trzy następujące warunki: (1) wybierana jest opcja, co do której człowiek oczekuje, że najlepiej spełni jego preferencje, (2) oczekiwania bazują na dostępnych człowiekowi informacjach, (3) zebrana jest optymalna ilość informacji¹³. Innymi słowy, ludzie maksymalizują oczekiwaną użyteczność.

⁵ *Ibidem*, p. 76-77. Posner w kolejnych wydaniach *Economic Analysis of Law* przedstawiał różne, z czasem nieco osłabione wersje tezy, zawsze pozostając jednak jej nieugiętym obrońcą.

⁶ Szerzej por. R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law & Economics* 1960, Vol. 3, p. 1-44.

⁷ Szerzej por. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 30-34.

⁸ H. Kerkmeester, *Methodology: General* [w:] *Encyclopedia of Law and Economics...*, p. 384.

⁹ G.S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976, p. 5

¹⁰ Takiego określenia używają C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stanford Law Review* 1998, nr 50, p. 1471-1550.

¹¹ Pozycja ta doczekała się wielokrotnych, zmienianych i uzupełnianych przez autora wznowień, np. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York 2014.

¹² H. Kerkmeester, *op.cit.*, p. 384.

¹³ G.S. Becker, *op.cit.*, p. 14.

Preferencje cechuje przechodniość, to znaczy mogą one być uporządkowane w następujący sposób: jeżeli preferowane jest A wobec B oraz B wobec C, to preferowane jest też A wobec C. Dodatkowo zakłada się, że preferencje są stabilne – nie ulegają zmianie w badanym okresie.

Kolejnym istotnym założeniem teorii racjonalnego wyboru jest zasada metodologicznego indywidualizmu, która za podstawową jednostkę analizy przyjmuje pojedyncze zachowanie. Zjawiska zbiorowe i relacje społeczne są więc wyjaśniane w taki sposób, jak gdyby były zachowaniami indywidualnych jednostek.

Teoria racjonalnego wyboru zakłada również istnienie rynków, które dążą do stanu równowagi, to znaczy stanu, w którym popyt odpowiada podaży. Na zrównoważonym rynku określona cena pozwala na optymalną alokację dóbr i usług – tak, aby znalazły się u osób, których użyteczność najbardziej będą maksymalizować.

3. Rozwinięcie behawioralne ekonomicznej analizy prawa

Behawioralna ekonomiczna analiza prawa nie polega na prostej negacji założeń teorii racjonalnego wyboru, ale na ich rozwinięciu poprzez inkorporację modeli stworzonych w oparciu o wyniki doświadczeń. Ekonomia behawioralna bada empirycznie zachowania niezgodne z teorią racjonalnego wyboru i formułuje na tej podstawie modele systematycznych odstępstw. Nie chodzi zatem o przypadkowe zachowania niezgodne z teorią racjonalnego wyboru, ale o powtarzające się, a co za tym idzie, dające się usystematyzować, odstępstwa¹⁴. Ta systematyzacja pozwala na osiągnięcie przez *Behavioral Law & Economics* przewagi nad konwencjonalną ekonomiczną analizą prawa, zarówno w zakresie mocy wyjaśniającej jej twierdzeń, jak również w zakresie trafności formułowanych przezeń przewidywań.

Przedstawienie behawioralnego rozwinięcia konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa wymaga więc nawiązania do jej założeń pierwotnych i wskazania, gdzie z dorobku psychologii kognitywnej wynikają poprawki czy też uzupełnienia, które zwiększają moc wyjaśniającą oraz zmierzają do formułowania dokładniejszych przewidywań zachowań.

Rozbieżności z modelem teorii racjonalnego wyboru i będącym jego konsekwencją obrazem człowieka jako tzw. *homo oeconomicus* mają źródło w obserwacjach ograniczeń ludzkiego zachowania, które można podzielić na trzy grupy: ograniczoną racjonalność, ograniczoną siłę woli oraz ograniczony interes własny¹⁵. Zaobserwowanie tych ograniczeń w praktyce prowadzi do zakwestionowania założeń o maksymalizacji użyteczności, stabilności preferencji, racjonalnych przewidywaniach i optymalnego wykorzystania informacji. Każde z tych ograniczeń obrazuje sposób, w jaki ludzkie zachowanie znacząco odbiega od przewidywań standardowego modelu ekonomicznego.

Pierwsze z wymienionych ograniczeń, czyli ograniczona racjonalność (*bounded rationality*), wynika z trywialnego stwierdzenia, że ludzkie możliwości kognitywne nie są nieskończone. Ograniczone są ludzkie zdolności obliczeniowe, ograniczone

¹⁴ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1476-1477.

¹⁵ *Ibidem*, p. 1476.

są również możliwości ludzkiej pamięci (nie tylko co do zapamiętywania samego w sobie, ale również co do jakości tego zapamiętywania). *Prima facie* można stwierdzić, że ludzie są świadomi tych ograniczeń i potrafią im przeciwdziałać – zawodnej pamięci przeciwdziała się robiąc notatki, przy problemach decyzyjnych można oprzeć się na podobnych wcześniejszych doświadczeniach. Pomimo jednak tych sposobów radzenia sobie z zawodnością ludzkiego umysłu (a czasem i z powodu tych sposobów), może dochodzić do błędów. Niektóre z tych błędów są przewidywalne, ponieważ są systematycznie popełniane przez duże grupy osób¹⁶.

Błędy wynikające z ograniczonej racjonalności można podzielić na dwie grupy: błędy dotyczące osądu oraz błędy w podejmowaniu decyzji. Najczęstszą przyczyną rozbieżności pomiędzy dokonywanymi przez ludzi osądami a sytuacją rzeczywistą jest wykorzystanie heurystyk¹⁷. Daniel Kahneman definiuje heurystykę jako „prostą procedurę, która pomaga udzielać adekwatnych, choć niedoskonałych odpowiedzi na trudne pytania”¹⁸. Procedura ta polega na podstawieniu prostszego pytania („pytania heurystycznego”) w miejsce pytania właściwego i udzielenia odpowiedzi w istocie na to pierwsze (heurystyczne). Następnie w oparciu o tę odpowiedź dokonuje się odpowiedzi na pytanie właściwe. Przykładowo, gdy pytanie właściwe brzmi: „w jakim stopniu jesteś zadowolona ze swojego życia w ostatnim czasie?”, pytaniem heurystycznym jest „w jakim jestem teraz nastroju?”. W tym przypadku uproszczenie procedury polega na znacznym skróceniu okresu, którego dotyczy pytanie. Łatwiej bowiem opisać swój aktualny nastrój niż dokonać analizy swojego samopoczucia przez ostatnich kilku tygodni, czy miesięcy. Należy podkreślić, że użycie heurystyki nie jest procesem świadomym, lecz automatycznym. Jakkolwiek przydatne, użycie heurystyki może prowadzić do błędnych wniosków. Jako że heurystyki są używane systematycznie, systematycznie też popełniane są błędy spowodowane ich użyciem, a co za tym idzie, błędy te są przewidywalne. Użycie heurystyki jest racjonalne, bowiem pozwala oszczędzić czas i skraca pracę umysłu, ale rezultaty tego użycia mogą już stać w sprzeczności z przewidywaniami teorii racjonalnego wyboru¹⁹.

Podobnie jak heurystyki podważają założenia o racjonalności, tak założenie o maksymalizacji przewidywanej użyteczności jest niezgodne z wynikami obserwacji ludzkiego zachowania. Otóż z badań Kahnemana i Tversky’ego wynika, że ludzie nie oceniają rezultatów swoich działań samych w sobie, lecz jako zmianę od początkowego punktu odniesienia. Ponadto, straty względem stanu początkowego są odczuwane silniej niż zyski. Co więcej, im większa jest zmiana od punktu początkowego, tym słabiej jest odczuwana (przykładowo strata 20\$ jest postrzegana bardziej negatywnie niż strata 10\$, ale już pomiędzy postrzeganiem straty w wysokości 1000\$ a 1010\$ nie ma dużej

¹⁶ *Ibidem*, p. 1477.

¹⁷ Szczegółową analizę relacji heurystyk i prawa przedstawia praca zbiorowa *Heuristics and the Law*, red. G. Gigerenzer, C. Engel, Massachusetts – London 2006.

¹⁸ D. Kahneman, *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, Poznań 2012, s. 133.

¹⁹ Szczegółową analizę wpływu heurystyk i *biases* na proces podejmowania decyzji w kontekście ekonomicznej analizy prawa przedstawiają R. Korobkin, T. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, California Law Review 2000, nr 4, p. 1084-1102.

różnicy). Tendencje te znajdują również wyraz w postawach wobec ryzyka: badania wskazują, że (co do zasady) ludzie unikają ryzyka, jeśli chodzi o zyski, a przyjmują odwrotną postawę wobec strat. Te dwie tezy (o przywiązywaniu uwagi do zmiany a nie ostatecznej użyteczności oraz o mocniejszym odczuwaniu strat) są podstawą tzw. teorii perspektywy (*prospect theory*) Kahnemana i Tversky'ego, która jest wynikającą z badań empirycznych, odmienną niż teoria oczekiwanej użyteczności, próbą wyjaśnienia ludzkiego zachowania²⁰. Poddaje ona w wątpliwość założenia co do użyteczności – w myśl teorii racjonalnego wyboru stosunek do zysków i strat powinien być identyczny, również ich „odległość” od stanu początkowego powinna być bez znaczenia, istotne powinno być ostateczne bogactwo (ostateczna użyteczność) płynąca z danej decyzji, a nie zmiana wobec stanu początkowego. Przewagą teorii perspektywy jest niewątpliwie jej ugruntowanie w licznych badaniach empirycznych.

Innym ograniczeniem ludzkiego zachowania jest ograniczona siła woli (*bounded willpower*). Ma ona związek z faktem, że ludzie często podejmują działania sprzeczne z ich długoterminowym interesem. Przejawia się to często w trudnościach z oszczędzaniem pieniędzy, jako że preferowana jest szybka satysfakcja względem odległych w czasie hipotetycznych potrzeb. Podobnie jak w przypadku ograniczeń kognitywnych, ludzie zdają sobie z tego faktu sprawę i próbują przeciwdziałać negatywnym skutkom ograniczonej siły woli, na przykład odkładając pieniądze w funduszach emerytalnych, czy, by posłużyć się bardziej prozaicznym przykładem, podejmując próby rzucenia palenia. Przeciwdziałać ograniczonej sile woli może też państwo, wprowadzając obowiązkowe składki na ubezpieczenia zdrowotne i emerytalne²¹

Kierujący się teorią racjonalnego wyboru *homo oeconomicus* jest istotą z gruntu egoistyczną. Choć standardowy model ekonomiczny może brać pod uwagę zachowania altruistyczne jako maksymalizujące funkcję użyteczności, pojęcie ograniczonego interesu własnego (*bounded self-interest*) zmierza nieco dalej. Otóż, jak wynika z badań empirycznych, w pewnych warunkach ludzie są skłonni przejmować się losem innych, nawet obcych, jednak jest to dużo szerszy zakres okoliczności niż podpowiadałaby intuicja. W grę wchodzi zatem nie tylko altruizm krewniaczy, czy działalność charytatywna, ale również praktycznie wszystkie sytuacje negocjacyjne²². Ludzie okazują się przywiązywać dużą wagę do sposobu, w jaki są traktowani – mają tendencję do odpowiadania uczciwością na uczciwość oraz „karania” zachowań, które uważają za niesprawiedliwe. W rzeczywistości ludzie są czasami bardziej mili, a czasami bardziej złośliwi, niż wynikałoby to z założeń konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa dotyczących zachowań ludzkich²³.

²⁰ D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, *Econometrica* 1979, nr 2, p. 263-291.

²¹ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1479.

²² Szerzej o odchyleniach wobec założenia o interesie własnym por. R. Korobkin, T. Ulen, *op.cit.*, p. 1126-1143.

²³ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1479.

4. Wybrane przykłady behawioralnego ujęcia regulacji prawnych

Zdaniem przedstawicieli behawioralnej ekonomicznej analizy prawa, wyjaśnienie treści prawa powinno inkorporować zastrzeżenia związane z ograniczoną racjonalnością, ograniczonym interesem własnym i ograniczoną siłą woli. Ich zdaniem obowiązywanie wielu norm prawnych nie znajduje wystarczającego wytłumaczenia w założeniach konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa. Sugerują oni, że dobrym wytłumaczeniem dla określonej treści wielu norm prawnych jest ludzkie postrzeganie tych norm jako sprawiedliwych, a nie ekonomiczna efektywność, tym bardziej, że efektywność nie zawsze charakteryzuje prawo. Chociaż behawiorysty nie utrzymują, że ten przejaw ograniczonej racjonalności stanowi podstawę wytłumaczenia stanowienia wszystkich norm prawnych, to uważają jednak, że jest to użyteczny suplement do wyjaśnień już w nauce funkcjonujących²⁴.

W przeciwieństwie do konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa, gdzie przyjmuje się, że rolą prawodawcy jest stanowienie ekonomicznie efektywnego prawa, w podejściu behawioralnym wstępnie zakłada się, że legislatorzy²⁵ maksymalizują swoją funkcję użyteczności, która polega na byciu ponownie wybranym. Starają się oni więc odpowiedzieć na potrzeby swoich wyborców, jak również na potrzeby wystarczająco silnych grup interesów. Jeżeli wyborcy ci uważają, że jakaś praktyka jest nieuczciwa lub niebezpieczna i powinna być zakazana lub przynajmniej regulowana, to legislatorzy będą kierować się potrzebami wyborców, nawet jeśli sami nie podzielają ich poglądów. Podobnie rzecz ma się z grupami interesów.

Zmobilizowane grupy osób o określonych poglądach mogą wykorzystywać ograniczenia ludzkiej racjonalności do własnych celów. Koronnym przykładem takiej postawy są *availability entrepreneurs*, czyli „przedsiębiorcy dostępności”, którzy będą starali się, aby informacja o określonym wydarzeniu dotarła do jak najszerszej publiki, uaktywniając jednocześnie u niej heurystykę dostępności, a tym samym poparcie dla regulacji proponowanych przez daną grupę interesu, a związaną ze wspomnianym wydarzeniem²⁶.

4.1. Zakazy transakcji o zawyżonych cenach

Czasami zdarza się, iż prawo zabrania przeprowadzania transakcji, mimo że obie strony mogłyby być skłonne jej dokonać. Przykładami takich transakcji są lichwa, transakcje o zawyżonych cenach oraz sprzedaż biletów przez tzw. koników. Wysokość oprocentowania pożyczek często bywa regulowana. Taką regulację zawiera na przykład polski Kodeks cywilny, którego art. 359 § 2¹ stanowi, że maksymalna wysokość

²⁴ W konsekwencji zwolennicy behawioralnej ekonomicznej analizy prawa przedstawiają pewne propozycje co do tego, w jaki sposób prawo mogłoby neutralizować ludzkie odstępstwa od racjonalności, por. m.in. C.R. Sunstein, C. Jolls, *Debiasing through Law*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 225, 2004; R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 43, 2003; C.R. Sunstein, *Nudges. gov. Behaviorally Informed Regulation* [w:] E. Zamir, D. Teichamn, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press 2014, p. 719-747.

²⁵ Bieżąca analiza dotyczy raczej prawa stanowionego niż precedensowego.

²⁶ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1509-1510.

odsetek wynikających z czynności prawnej nie może w stosunku rocznym przekraczać dwukrotności wysokości odsetek ustawowych²⁷. Liczne stany w USA, szczególnie te nękane katastrofami naturalnymi, posiadają regulacje zakazujące sprzedaży towarów po wygórowanych cenach w czasie stanów nadzwyczajnych. Polski Kodeks karny przewiduje odpowiedzialność za wyzyskanie przymusowej sytuacji osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej poprzez zawarcie z nią umowy, z której wynika obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym (art. 304)²⁸. Odsprzedaży biletów po cenie wyższej niż pierwotna często zabraniają regulaminy imprez masowych. Taki zakaz przewiduje też ustawodawstwo około połowy stanów USA²⁹.

Wszystkie wymienione zakazy łączy fakt, że prowadzą one do sytuacji nieefektywnych ekonomicznie. Z punktu widzenia konwencjonalnej ekonomicznej analizy prawa są więc one anomaliami, ponieważ prawo zmierza oraz powinno zmierzać do maksymalizacji efektywności ekonomicznej. Pewien wyjątek stanowi zakaz sprzedaży biletów przez „koników”. W tym przypadku grupa organizatorów imprez masowych może lobbować za taką regulacją prawną (co model standardowy przewiduje), ponieważ ustalenie ceny biletów na odpowiednim poziomie jest niezbędne, by powstał na nie popyt. W następstwie istnienia popytu w publicznej świadomości pojawia się przekonanie o tym, że dany „produkt” (spektakl, mecz, koncert) jest czymś wartym pożądania. Jednak wyjaśnienie to zawodzi, gdy mamy do czynienia z imprezami masowymi o takiej randze, że redukcja popytu nie jest w ich przypadku istotna. Chodzi tu przede wszystkim o cykliczne imprezy sportowe, takie jak na przykład piłkarska Liga Mistrzów, czy turnieje tenisowe należące do Wielkiego Szlema. W Stanach Zjednoczonych koronnym przykładem jest finał rozgrywek ligi futbolu amerykańskiego – Super Bowl. Tak więc nawet jeśli możliwym jest wytłumaczenie omawianego zjawiska w kategoriach efektywności ekonomicznej, nie będzie to wytłumaczenie pełne.

Z behawioralnego punktu widzenia istnienie wskazanych wyżej zakazów można wyjaśnić w stosunkowo nieskomplikowany sposób – opiera się ono na zaobserwowanej przy eksperymencie gry ultimatum prawidłowości, która stanowi, że ludzie nie są obojętni na poczucie uczciwości lub sprawiedliwości³⁰. Zakazane transakcje są po prostu postrzegane przez większą część społeczeństwa jako nieuczciwe i dlatego prawodawca, odpowiadając na potrzeby społeczeństwa, a więc wyborców, wprowadza odpowiednie

²⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 z późn. zm.).

²⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.).

²⁹ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1510.

³⁰ Eksperyment gry ultimatum polega na zaproponowaniu dwóm osobom następujących warunków. Dostają one do podziału pewną kwotę pieniędzy. Pierwsza osoba ma zaproponować drugiej taki podział, by druga była skłonna go przyjąć. Jeżeli druga osoba odrzuci propozycję, kwota zostanie graczom odebrana. Z punktu widzenia teorii racjonalnego wyboru drugi gracz powinien zaakceptować nawet najmniejszą ofertę (np. 0,01 zł ze 100 zł). Jednak podczas przeprowadzania eksperymentu okazuje się, że osoby zazwyczaj odrzucają propozycje poniżej około 20% kwoty, natomiast osoby w roli pierwszego gracza oferują podział po około 50%. Z tego zjawiska badacze wysnuwają wniosek, że ludzie są skłonni karać zachowania, które uważają za niesprawiedliwe nawet kosztem własnego zysku, co jest sprzeczne z założeniami teorii racjonalnego wyboru.

regulacje. Precyzując, każda z omawianych transakcji charakteryzuje się tym, że jej warunki stanowią znaczne odstępstwo od warunków, na jakich zazwyczaj opierają się podobne transakcje na rynku. Analiza behawioralna przewiduje, że jeśli transakcje oparte na takich niestandardowych („krzywdzących”) warunkach będą miały miejsce odpowiednio często, wzrośnie społeczna presja na ich uregulowanie. Należy podkreślić, że nie chodzi o uregulowanie wszystkich wysokich cen, ale jedynie tych, których zawyżenie jest odstępstwem od normy – cen w standardowych transakcjach rynkowych danego rodzaju³¹.

Zwolennicy ekonomicznej analizy prawa zauważają również, że przedstawione zakazy określonych transakcji często odpowiadają rzeczywistemu zachowaniu przedsiębiorstw w warunkach, w których brak takowego zakazu. W warunkach rynkowych pożyczkodawcy często odmawiają pożyczki osobom, które uważają za niewiarygodne, nawet jeżeli mogliby zrekompensować sobie to ryzyko za pomocą wyższego oprocentowania. Po przejściu huraganu Andrew na Florydzie, pomimo braku prawa zakazującego zawyżania cen i ogromnej możliwości zysku, ogólnoamerykańska sieć sklepów z materiałami budowlanymi Home Depot utrzymała ceny na stałym poziomie. Właściciele teatrów na nowojorskim Broadwayu tłumaczą utrzymywanie cen popularnych spektakli na tym samym poziomie kwestią *public relations*³².

Wydaje się więc, że na zachowanie firm wpływ ma negatywne postrzeganie przez konsumentów podwyżek cen. Fakt ten bezpośrednio związany jest z kwestią reputacji – zwracanie uwagi na uczciwość lub sprawiedliwość zachowania jest właśnie przyczyną, dla której dane przedsiębiorstwo ma taką a nie inną reputację. Nie oznacza to jednak, że w sytuacji braku określonych zakazów wszyscy przedsiębiorcy zachowują się *fair*. Jednak interesującym zjawiskiem jest to, że firmy o solidnej pozycji rynkowej często popierają, a nawet lobują za regulacją niektórych obszarów związanych z ich działalnością. Fenomenowi tego nie wyjaśnia standardowy model ekonomiczny.

4.2. Zakazy zupełne

Prócz przedstawionych w poprzednim podrozdziale regulacji, system prawa często obejmuje znacznie większą ilość zakazów dotyczących transakcji. I tak, zakazany jest handel ludzkimi organami, głosami wyborczymi, ludźmi (włącznie z oddaniem się w niewolę), w niektórych krajach zabroniona jest odpłatna surogacja, czyli przyjęcie zapłodnionej metodą *in vitro* komórki jajowej od niepłodnej pary, a następnie przekazanie urodzonego dziecka biologicznym rodzicom³³.

Zwolennicy behawioralnej ekonomicznej analizy prawa wskazują, że fakt zwracania uwagi przez ludzi na uczciwość lub sprawiedliwość danej transakcji jest dobrym wyjaśnieniem istnienia takich zakazów. Nie jest przy tym ważne, na ile ludzkie oceny związane z danymi transakcjami są uzasadnione. Istotne jest natomiast, że znacznie

³¹ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1510-1512.

³² *Ibidem*, p. 1514.

³³ *Ibidem*, p. 1515-1516.

utrudnione jest wytlumaczenie istnienia takich regulacji prawnych w kategoriach maksymalizacji efektywności ekonomicznej³⁴.

O ile w przypadku prezentowanych w poprzednim podrozdziale transakcji można było mówić o ich odstępstwie od standardowych transakcji danego typu, to w wypadku zupełnych zakazów należy stwierdzić, że takie standardowe transakcje po prostu (w legalnym obrocie) nie zachodzą. Interesującą do zbadania kwestią jest występowanie transakcji danego rodzaju przed ich delegalizacją, ponieważ behawioralna ekonomiczna analiza prawa każe przewidywać, że właśnie tego typu zachowania, a więc uprzednio już niepraktykowane, będą prawnie zakazane. Konwencjonalna *Le&E* natomiast przewiduje tylko, że takie zachowania będą zakazane wyłącznie wówczas, jeżeli zakaz jest efektywny ekonomicznie, ewentualnie korzystny dla jakiejś politycznie wpływowej grupy interesów³⁵.

4.3. Zakazy sądowe

Co do zasady, Pierwsza poprawka do Konstytucji USA gwarantuje obywatelom prawo wolności wypowiedzi³⁶. Jednakże z pewnych względów niektóre wypowiedzi, biorąc pod uwagę ich treść, obsceniczną lub związaną na przykład z bezpieczeństwem państwa, mogą być zakazane³⁷. Ograniczenie to może przyjąć dwie formy. Pierwszą jest zakaz wynikający z ustawy, drugą natomiast jest specyficzny zakaz sądowy (*injunction*), który indywidualnie zabrania osobie szeroko rozumianej wypowiedzi, na przykład ujawnienia posiadanych przez nią dokumentów. Zakaz ten jest formą *prior restraint*, co można przetłumaczyć jako „uprzednie ograniczenie”³⁸.

Amerykańska judykatura wykazuje ogromną niechęć do wystawiania owych zakazów, nawet jeżeli to samo zachowanie, które miałoby być przedmiotem zakazu, jest również zabronione ustawowo (zakaz taki służy prewencji indywidualnej wobec osoby, co do której zachodzi zwiększone prawdopodobieństwo, że złamie prawo). Co więcej, sankcja obwarowująca *prior restraint* jest zazwyczaj niższa niż ta wynikająca z ustawy. Konwencjonalna ekonomiczna analiza prawa nie daje satysfakcjonującego wyjaśnienia takiego stanu rzeczy. Natomiast zwolennicy podejścia behawioralnego wskazują że, podobnie jak w omówionym przypadku niechęci do negocjacji po wyroku sądu, również orzeczenie sądowe w postaci *injunction* może powodować powstanie charakterystycznej „więzi” pomiędzy samym zakazem a stroną, która go uzyskała. Jest więc to kwestia efektu posiadania. Behawioryści wskazują, że oskarżycielowi, który uzyskał taki zakaz, będzie bardziej zależeć na realizacji powiązanych z nim

³⁴ *Ibidem*, p. 1516.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki uchwalona dnia 17 września 1787 r., <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>.

³⁷ Na poziomie federalnym zniesławienie nie jest przestępstwem, jednak niektóre pojedyncze stany kryminalizują i to zachowanie, m.in. Floryda (Florida Statutes, § 836.01-836.11), Mississippi (Mississippi Code Annotated, § 97-3-55). Ma to miejsce również w Polsce (por. art. 212 Kodeksu karnego).

³⁸ Mówiąc ściślej, *prior restraint* oznacza każdą formę państwowej cenzury dokonywanej przed publikacją.

sankcji, niż wtedy, gdy odpowiedzialność oskarżonego wynikała jedynie z ustawy. Z punktu widzenia oskarżonego oznacza to, że oskarżyciel w tym drugim przypadku będzie bardziej skłonny do charakterystycznych dla amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości „targów” (*plea bargain*). Stąd tak istotne jest, by sąd miał na uwadze, by nie wydać zakazu wypowiedzi przed wydaniem precyzyjnego osądu, że dana wypowiedź nie jest chroniona Pierwszą poprawką³⁹.

4.4. Gwarancje depozytów bankowych

Zachowania ludzi, w których nie kierują się oni kryteriami racjonalnego wyboru, w sposób szczególny ujawniają się na rynkach finansowych. Decyzje dotyczące zarówno lokowania czasowo wolnych środków pieniężnych, jak i zaciągania kredytów, często podejmowane są irracjonalnie. Zjawisko to wynika z różnych przyczyn, między innymi z niepełnej informacji, krótkowzroczności, ulegania sugestiom i namowom innych osób, działania pod presją czasu, mody itp. Wybory mogą też być intuicyjne, wynikać z przyzwyczajień lub być dokonywane w emocjach. Irracjonalność swe podłoże może mieć również w zachłanności. To właśnie w sferze transakcji finansowych nasilają się złe wybory, które są przedmiotem dociekań behawiorystów. Błędne decyzje, jeżeli są podejmowane w tym samym czasie przez wielu uczestników rynku finansowego, mogą skutkować negatywnie nie tylko w wymiarze indywidualnym, ale i w szerszej skali. Powstające zakłócenia w funkcjonowaniu systemu finansowego mogą mieć różną formę, od problemów z płynnością finansową pojedynczego banku, po utratę stabilności całego systemu finansowego danego kraju. Dodatkowo, jeżeli system ten jest znaczącym w skali międzynarodowej, w konsekwencji może dojść do globalnego kryzysu finansowego, który w dalszej kolejności generuje globalny kryzys gospodarczy⁴⁰. Za oczywiste należy zatem uznać, że dążenie do ograniczenia błędnych zachowań uczestników rynku finansowego znaleźć powinno odzwierciedlenie w określonych przepisach prawa regulującego funkcjonowanie tego rynku.

Przykładem przepisów prawa finansowego, które wpisują się w podniesiony powyżej postulat, są uregulowania w zakresie gwarantowania depozytów bankowych. Określają one zasady i poziom pokrycia środków zdeponowanych przez klienta w banku w przypadku niewypłacalności tego banku.

Systemy gwarantowania depozytów w poszczególnych krajach najczęściej funkcjonują w formie scentralizowanego funduszu, tworzonego obligatoryjnie przez określone instytucje finansowe – głównie banki⁴¹. Gwarancje dotyczą środków zdeponowanych

³⁹ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, *op.cit.*, p. 1516-1517.

⁴⁰ W najnowszych wydaniach podręczników ekonomii jako znamienny przykład błędnych zachowań uczestników rynku finansowego, które doprowadziły do globalnej recesji gospodarczej, wskazuje się sytuację z początków XXI wieku, kiedy to miliony ludzi w Stanach Zjednoczonych wzięły kredyty hipoteczne *subprime*, żeby kupić domy. Nie czytali lub nie rozumieli warunków spisanych „drobnym druczkiem”. W rezultacie wielu nie było w stanie spłacić kredytów i straciło domy, powodując potężny kryzys finansowy oraz recesję w gospodarce; por. P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, tłum. A. Bukowski, J. Środa, Poznań 2012, s. 89.

⁴¹ W Polsce jest to Bankowy Fundusz Gwarancyjny, którego funkcjonowanie reguluje ustawa z dnia 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (Dz.U. 2009 nr 84 poz. 711 z późn. zm.).

w tych instytucjach. Zazwyczaj określony jest limit gwarancji, który odnosi się do sumy środków z rachunku danego deponenta znajdujących się w jednym banku⁴². W okresach kryzysów finansowych wiele krajów odchodzi od tych limitów lub podnosi ich kwotę⁴³.

Stanowienie prawa o gwarancjach depozytów bankowych w założeniu służyć ma zapewnieniu stabilności finansowej systemu bankowego, rozpatrywanej z perspektywy potencjalnego kryzysu. Charakterystyczną cechą początkowej fazy kryzysu finansowego jest utrata zaufania do sektora finansowego, rezultatem czego często jest masowe wycofywanie wkładów pieniężnych z lokat bankowych, tzw. *bank run*. Klienci dokonując wypłat kierują się obawą o utratę swoich oszczędności, gdyby bank stał się niewypłacalny, a paradoksalnie – to właśnie ich wypłaty mogą do tej niewypłacalności doprowadzić. Jest to przykład zjawiska zwanego samospełniającym się proroctwem, czyli sytuacji, gdy zachowania dotyczące oczekiwanych zdarzeń wpływają na samo zajście tych zdarzeń. Stosowanie uregulowań prawnych dotyczących bezpieczeństwa lokat bankowych, w tym rozpatrywanych gwarancji, z jednej strony uwarunkowane jest zidentyfikowanymi możliwymi błędnymi zachowaniami uczestników rynku finansowego, z drugiej zaś – ma przyczynić się do ich ograniczenia w przyszłości. Stanowi ono doskonały przykład na istnienie zależności pomiędzy behawioralnymi aspektami rynku finansowego a stanowieniem prawa regulującego jego funkcjonowanie⁴⁴.

Odnotować należy, że zbytne rozbudowanie gwarancji może sprzyjać rozwojowi zjawiska „pokusy nadużyć” (*moral hazard*), oznaczającego sytuację, w której ubezpieczenie się od skutków wystąpienia pewnego zdarzenia może doprowadzić do jego wystąpienia. Klienci bankowi, mając świadomość gwarancji swoich depozytów (odpowiednik ubezpieczenia), mogą dokonywać złych wyborów, lokując środki w bankach o wątpliwej stabilności finansowej, ale oferujących ponadstandardowe oprocentowanie. Jednocześnie osoby zarządzające bankami skłonne będą dokonywać inwestycji wysokiego ryzyka. Wskazane działania mogą doprowadzić do sytuacji kryzysowej⁴⁵.

Prowadzone rozważania uprawniają do konkluzji, że stanowienie prawa w zakresie gwarantowania depozytów bankowych jest dużym wyzwaniem dla ustawodawcy, w szczególności zaś wymaga uwzględnienia złożonych potencjalnych i rzeczywistych zachowań uczestników rynku finansowego, czyli podejścia behawioralnego.

5. Zakończenie

Esencją ekonomicznej analizy prawa jest, zgodnie z nazwą tego nurtu, badanie prawa z perspektywy ekonomicznej. Przedstawiciele *Law & Economics* proponują wyjaśnienia

⁴² W Polsce limit ten wynosi 100 tys. euro, co jest zgodne z wymogami unijnymi określonymi w dyrektywie 2009/14/WE z dnia 11 marca 2009 r. zmieniającej dyrektywę 94/19/WE w sprawie systemów gwarancji depozytów w odniesieniu do poziomu gwarancji oraz terminu wypłaty (Dz.U. UE 2009 L 68/3).

⁴³ Szerzej por. A. Hryckiewicz, *Interwencje rządowe w systemie bankowym a stabilność systemu finansowego*, *Ekonomista* 2013, nr 1, s. 34–35.

⁴⁴ T. Nieborak, *Behawioralna koncepcja prawa jako element Law & Economics*, *Ekonomia i Prawo* 2012, nr 1, s. 34.

⁴⁵ *Ibidem*.

genezy i natury poszczególnych (a w ostatecznym zamiarze wszystkich) instytucji i gałęzi prawa, u podstaw których zawsze leży mniej lub bardziej wyraziste założenie, zarówno deskryptywne, jak i normatywne, o efektywności ekonomicznej prawa (tzn. że prawo jest lub przynajmniej powinno być efektywne ekonomicznie). Prawo, ich zdaniem, z natury swej zmierza i powinno zmierzać do maksymalizacji społecznej użyteczności. Zwolennicy ekonomicznej analizy prawa nie poprzestają na opisie prawa w tym duchu i na stawianiu wobec prawa takiego wymogu, ale formułują również opinie co do ekonomicznych rezultatów danych rozwiązań prawnych oraz sugestie, w jaki sposób stanowanie i stosowanie prawa ma zmierzać do efektywności ekonomicznej.

Przedstawiciele behawioralnej ekonomicznej analizy prawa stawiają sobie za cel takie twórcze rozwinięcie i uzupełnienie założeń konwencjonalnej *Law & Economics*, które pozwoliłyby na formułowanie bardziej adekwatnych wyjaśnień oraz umożliwiłyby stawianie bardziej trafnych przewidywań co do skutków regulacji prawnych. W kontekście prowadzonych rozważań należy stwierdzić, że przynajmniej ten pierwszy cel wydaje się być spełniony. Poddane analizie przykłady uzasadnień wybranych regulacji prawnych służą jako argumenty dla poparcia takiego wniosku. Wykazano, że w niektórych przypadkach konwencjonalna ekonomiczna analiza prawa znajduje jedynie niezadowalające wyjaśnienia dla obowiązywania niektórych regulacji prawnych, a w innych jeszcze próżno szukać na jej gruncie jakichkolwiek uzasadnień. W tych samych jednak przypadkach behawioralna ekonomiczna analiza prawa znajduje wyjaśnienia istnienia danych regulacji prawnych, które należy uznać za wystarczające i przekonujące.

* * *

Explaining Selected Legal Regulations in Behavioral Approach to Law & Economics

The article concerns explaining selected legal regulations in behavioral approach to Law & Economics. Firstly, the notion and essence of conventional Law & Economics are presented, with special attention paid to Rational Choice Theory. Then the problem of the behavioral expansion is considered, understood not as a negation but as a enrichment and addition of the conventional model. Legal regulations concerning bans on overpriced goods, total bans and court injunctions are subject to analysis. The issue of regulations concerning guaranteed bank deposits is also considered. The examples presented come from both American and Polish law. As the effect of the considerations and analyses is the identification of a certain regularity, namely that some regulations tend to be hard to explain on the basis of the conventional model, but seem to find an accurate explanation on behavioral grounds.

Key words: Law & Economics, Behavioral Law & Economics, Rational Choice Theory, cognitive psychology, heuristics